

บทสรุปและข้อเสนอแนะ



1. บทสรุป

ความเจริญก้าวหน้าในเทคโนโลยีทุกแขนง ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อเติมเต็มและสนองความต้องการของมนุษย์ที่ไม่มีสิ้นสุด และความเจริญก้าวหน้าในเทคโนโลยีนั้น รวมถึงความเจริญก้าวหน้าในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นกัน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้เข้ามาตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่อยู่ในสภาวะที่มีบุตรยากหรือสภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ ช่วยให้มนุษย์สามารถมีบุตรได้ง่ายขึ้นหรือสามารถมีบุตรที่สืบเชื้อสายเผ่าพันธุ์หรือมีพันธุกรรมที่มาจากตนเองได้ การรับตั้งครรภ์แทน เป็นหนึ่งในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มีขึ้นเพื่อช่วยคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองให้สามารถมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับตนเองได้ โดยการให้ หญิงอีกคนตั้งครรภ์โดยการฝังตัวอ่อนที่ได้จากการผสมเทียมจากไข่และเชื้ออสุจิของคู่สมรส แทนคู่สมรสฝ่ายหญิง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนนี้แตกต่างกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่นๆ เพราะในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่นๆ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจะมีเพียงแพทย์และคู่สมรส แต่ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้นนอกจากแพทย์และคู่สมรสแล้วยังมีหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเข้ามาเกี่ยวข้อง สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา

สัญญารับตั้งครรภ์แทนนี้เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทั่วไปอื่นๆ เพราะเกี่ยวกับการที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นใช้ร่างกายและระบบสืบพันธุ์ของตนเพื่อตั้งครรภ์ให้ผู้อื่นให้ตั้งครรภ์แทน รวมทั้งสัญญายังเกี่ยวข้องกับการโอนความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองบุตรให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้มารดาผู้คลอดเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและอำนาจปกครองไม่อาจโอนได้โดยสัญญา สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงไม่สามารถโอนความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองบุตรได้ มีเพียงวิธีการเดียวเท่านั้นที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์จะเป็นบิดามารดาและมีอำนาจปกครองเด็กได้ คือ การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้เป็นมารดาของเด็กก่อน และถึงแม้ว่าในสัญญารับตั้งครรภ์แทนจะมีข้อตกลงว่า ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะไปจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมและผู้รับตั้งครรภ์แทนจะให้ความยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ตาม หากผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ปฏิบัติ

ตามข้อตกลงดังกล่าวนี้ ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนหรือผู้รับตั้งครรรค์แทนอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงปฏิบัติตามข้อตกลงได้เพราะสภาพแห่งนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับ จึงไม่เป็นไปตามเจตนาที่คู่สัญญาตกลงไว้ นอกจากนั้นสิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ยังมีความแตกต่างกันในทางกฎหมาย และยังมีปัญหาเรื่องการจดทะเบียนการเลิกรับบุตรบุญธรรมได้ซึ่งอาจทำให้ผู้รับตั้งครรรค์แทนกลับมามีหน้าที่เลี้ยงดูเด็กได้อีก ส่วนสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีความสลับซับซ้อนในลักษณะของสัญญา เพราะเหมือนกับสัญญาทั่วไปที่มีการทำในปัจจุบัน หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญาในปัจจุบันจึงเพียงพอต่อการปรับใช้

ดังนั้นเมื่อพิจารณาสัญญารับตั้งครรรค์แทนแล้วเห็นได้ว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่อาจป้องกันการเกิดปัญหาและไม่อาจแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังไม่เคยมีคดีข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล จึงยังไม่ชัดเจนว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ถึงแม้ว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนจะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่สัญญาไม่สามารถบังคับได้สมเจตนาของคู่สัญญาและยังมีปัญหาเรื่องการจดทะเบียนการเลิกรับบุตรบุญธรรมได้อีก และสิ่งที่สำคัญที่สุดหลักกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา ไม่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์ได้ ประเทศไทยจึงควรจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรรค์แทนโดยเฉพาะขึ้น เพื่อทำให้เกิดความชัดเจน และเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองทั้งหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและเด็กผู้บริสุทธิ์ที่เกิดจากสัญญาควบคู่กันไป

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอเสนอแนะเป็นสองแนวทางดังต่อไปนี้

### 2.1 แนวทางในการแก้ไขปัญหาระยะสั้น โดยการปรับใช้หลักกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา

เพื่อให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องไม่เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์และเกิดนิติสัมพันธ์ต่อกันระหว่างคู่สัญญา

สัญญารับตั้งครรภ์แทน สัญญาที่เกี่ยวข้อง และคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าว ควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. สัญญารับตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยการรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายซึ่งใช้เชื้ออสุจิและไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรืออย่างน้อยใช้เชื้ออสุจิหรือไข่ของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างใดอย่างหนึ่งในการผสมเทียม และต้องไม่มีข้อกำหนดเรื่องการโอนความเป็นมารดาหรืออำนาจปกครองไว้ในสัญญา แต่กำหนดเป็นเรื่องการให้ความยินยอมและการยินยอมในการจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรม
2. คู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอาจเป็นทั้งสามีและภรรยา หรือ สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากเป็นสามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควรได้รับความเห็นชอบ หรือได้รับความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก่อน และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายภรรยาต้องไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ เพราะปัญหาด้านสุขภาพหรือความปลอดภัยของภรรยา
3. คู่สัญญาฝ่ายผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นได้ทั้งหญิงโสดที่บรรลุนิติภาวะหรือหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหากเป็นหญิงที่มีสามีควรได้รับความเห็นชอบหรือได้รับความยินยอมที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากสามีก่อน
4. ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น

2.2 แนวทางในการแก้ไขปัญญาระยะยาว ควรจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรรค์โดยเฉพาะขึ้นโดยตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญารับตั้งครรรค์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. กำหนดลักษณะและสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรค์แทน ดังนี้

1. กำหนดให้การรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย
2. กำหนดให้สัญญารับตั้งครรรค์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายเท่านั้นที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายโดยต้องใช้ไขและเชื้ออสุจิของผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทน หรือของผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนกับผู้บริจาค(ไม่รวมถึงไขของผู้ตั้งครรรค์แทน หรือเชื้ออสุจิและไขของบุพการีหรือผู้สืบสันดานของผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนและผู้รับตั้งครรรค์แทน) เท่านั้น
3. กำหนดห้ามมิให้มีการโฆษณาใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรรค์แทนหรือเพื่อแสดงว่าตนต้องการรับตั้งครรรค์แทนให้ผู้อื่น
4. สัญญารับตั้งครรรค์แทนไม่สามารถแก้ไขและ/หรือเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว

2. กำหนดอายุและคุณลักษณะของคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรรค์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1 ผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทน

1. ต้องมีอายุโดยปกติไม่เกิน 40 ปี เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว
2. ต้องเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยสามีหรือภรรยาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน
3. ต้องมีความจำเป็นทางการแพทย์เพียงพอในการขอให้ตั้งครรรค์แทน โดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ เช่น ภรรยาไม่สามารถตั้งครรรค์เองได้ เพราะปัญหาทางร่างกาย หรือสุขภาพความปลอดภัยของภรรยา
4. ได้ให้แพทย์ตรวจร่างกายและมีใบรับรองแพทย์ที่มีความเห็นว่าผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนมีความเหมาะสมในการเป็นบิดามารดา
5. ได้ให้จิตแพทย์ตรวจสอบจิตใจและมีใบรับรองแพทย์ที่มีความเห็นว่าผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนมีจิตใจที่ปกติมีความเหมาะสมในการเป็นบิดามารดา

6. ได้ปรึกษานักกฎหมายและเข้าใจเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนและผลที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างดี โดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ
7. สามีและภรรยาต้องเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งสองคน

## 2.2 ผู้รับตั้งครรภ์แทน

1. ต้องบรรลุนิติภาวะ และโดยปกติต้องมีอายุไม่เกิน 40 ปี เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลเยาวชนและครอบครัว
2. ต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน
3. เคยตั้งครรภ์และคลอดเด็กมาก่อนแล้วอย่างน้อย 1 คน
4. ได้ให้แพทย์ตรวจร่างกายและมีใบรับรองแพทย์ที่มีความเห็นว่าผู้รับครรภ์แทนมีร่างกายที่ปกติ
5. ได้ให้จิตแพทย์ตรวจสอบจิตใจและมีใบรับรองแพทย์ที่มีความเห็นว่าผู้รับครรภ์แทนมีจิตใจที่ปกติ
6. ได้ปรึกษานักกฎหมายและเข้าใจเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนและผลที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างดี โดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ
7. หากผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความยินยอมในการให้ผู้รับตั้งครรภ์รับตั้งครรภ์แทนเป็นหนังสือ

## 2.3 ผู้จัดการตั้งครรภ์แทน

1. ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการช่วยเหลือ ไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์ และกำหนดให้ผู้จัดการตั้งครรภ์แทนจัดหาแพทย์จากหลายสถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่เฉพาะแพทย์ในสถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของตนเท่านั้น โดยให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วแต่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจเลือกแพทย์
2. ต้องเป็นสถานบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
3. กำหนดโทษทางอาญาหากผู้จัดการตั้งครรภ์มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่เป็นไปตามตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

### 3. กำหนดแบบของสัญญารับตั้งครรภ์แทน ดังนี้

1. ต้องทำเป็นหนังสือ
2. ต้องทำก่อนที่ขั้นตอนทางการแพทย์จะเริ่มขึ้น(เว้นแต่การตรวจร่างกายและจิตใจของคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทน)
3. คู่สัญญาต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อย 2 คน (ไม่รวมสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทน)
4. ยื่นสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้ศาลเยาวชนและครอบครัวตรวจสอบความเหมาะสม

### 4. กำหนดผลของสัญญารับตั้งครรภ์แทน ดังนี้

ให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่เป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับแต่ที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนคลอดเด็ก

การศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังปรากฏในภาคผนวก ข ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน การศึกษาของผู้เขียนจึงมิได้พิจารณาหรือมุ่งหมายที่จะวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด แต่ก่อนที่ผู้เขียนจะสำเร็จการศึกษา ผู้เขียนได้พบว่า มีร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้หลักการตามแนวทางแก้ไขบัญญัติระยะเวลาตาม ข้อ 2.2 ข้างต้น ดังข้อเสนอแนะแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งปรากฏในภาคผนวก ก